

AGUSTINA SANTOS CURBELO

Universidad Católica del Uruguay

agustinascur@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-7485-0010>

Recibido: 26/09/2025 - Aceptado: 12/11/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Santos Curbelo, A. (2025). Hacia una regulación autónoma de la prueba digital

Revista de Derecho, 24(48), e486. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.6>

Hacia una regulación autónoma de la prueba digital

1

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática de la prueba digital en el proceso jurisdiccional uruguayo, donde el Código General del Proceso (CGP) carece de una regulación específica para este tipo de evidencia. Actualmente, los operadores jurídicos recurren a la aplicación analógica de normas diseñadas para medios probatorios tradicionales, como la prueba documental. Esta investigación cuestiona si dicha solución es adecuada o si, por el contrario, las particularidades del entorno digital exigen un marco regulatorio autónomo. A través de un análisis que integra dimensiones epistémicas e ideológicas y evaluando la consistencia con la Agenda Uruguay Digital, se concluye que los marcos normativos actuales son insuficientes. El estudio sostiene que la aplicación analógica no garantiza adecuadamente la calidad epistémica ni la tutela de derechos, y aboga por el diseño de una regulación autónoma y específica que contemple la naturaleza sui generis de la prueba digital.

Palabras clave: Prueba digital, Proceso jurisdiccional, Código General del Proceso, Averiguación de la verdad, Protección de datos personales.

Towards an autonomous regulation of digital evidence

Abstract: This paper addresses the issue of digital evidence in the Uruguayan judicial process, where the General Code of Process (CGP) lacks specific regulation for this type of evidence. Currently, legal practitioners rely on the analogical application of rules designed for traditional evidentiary means, such as documentary evidence. This research questions whether this solution is adequate or if, conversely, the specificities of the digital environment require an autonomous regulatory framework. Through an analysis that integrates epistemic dimensions and ideological dimensions and by evaluating consistency with the Uruguay Digital Agenda, it is concluded that current normative frameworks are insufficient. The study argues that analogical application does not adequately guarantee epistemic quality or the protection of rights, advocating for the design of an autonomous and specific regulation that contemplates the sui generis nature of digital evidence.

Keywords: Digital evidence, Judicial process, General Code of Process, Autonomous regulation, Legal epistemology, Data protection.

2



Rumo a uma regulação autônoma da prova digital

Resumo: O presente trabalho aborda a problemática da prova digital no processo jurisdicional uruguaio, onde o Código Geral do Processo (CGP) carece de regulamentação específica para este tipo de evidência. Atualmente, os operadores jurídicos recorrem à aplicação analógica de normas desenhadas para meios probatórios tradicionais, como a prova documental. Esta pesquisa questiona se tal solução é adequada ou se, pelo contrário, as particularidades do ambiente digital exigem um marco regulatório autônomo. Através de uma análise que integra dimensões epistêmicas (busca da verdade) e ideológicas (proteção de direitos fundamentais como a proteção de dados), e avaliando a consistência com a Agenda Uruguai Digital, conclui-se que os marcos normativos atuais são insuficientes. O estudo sustenta que a aplicação analógica não garante adequadamente a qualidade epistêmica nem a tutela de direitos, defendendo o desenho de uma regulação autônoma e específica que contemple a natureza sui generis da prova digital.

Palavras-chave: Prova digital, Processo jurisdicional, Código Geral do Processo, Regulação autônoma, Epistemologia jurídica, Proteção de dados.

Hipótesis de trabajo:

¿La aplicación de los marcos normativos actuales del CGP a la prueba digital es una solución jurídica adecuada, o la solución debería inclinarse hacia la regulación autónoma y específica que contemple sus particularidades?

1. Introducción

Uno de los rasgos característicos que nos permiten diferenciar un sistema normativo –jurídico– de otros tipos de sistemas normativos (como podría ser los morales, sociales), rasgo que, de hecho, nos enorgullece como sociedad contemporánea, es la existencia de las llamadas “reglas de cambio”. Estas reglas tienen como objetivo contrarrestar uno de los grandes males que afectan a los sistemas normativos: su carácter estático. Hart (Hart, 1961, p.121) describió este tipo de regla como regla de tipo secundaria, distinguiéndolas de las reglas primarias o reglas de conducta. Un sistema normativo que tenga la nota de –jurídico–, necesariamente debe complementar las reglas primarias (de conducta o, obligación) con reglas secundarias que son de un tipo diferente. La forma más simple de una regla de cambio, es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias, modificar las ya existentes o dejar sin efectos reglas anteriores. A modo de ejemplo, son reglas de cambio las que regulan los procesos legislativos, reglas que especifican quién tiene la facultad de legislar, la forma en que debe ser el procedimiento para la proposición de un proyecto de ley, la sanción o promulgación de la misma, etc.

Explica Hart que, una sociedad que no cuente con este tipo de reglas de tipo secundaria “(...) no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad.” (Hart, 1961, p. 119) Y, en tal escenario “El único modo de cambio de éstas conocido por la sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios (...)” (Hart, 1961, p.115)

Sin perjuicio de que nos jactemos de este rasgo característico de los sistemas jurídicos, parece que en ciertas áreas del Derecho debemos seguir esperando el lento proceso de cambio que tanto se ha criticado en otros sistemas normativos que no le atribuimos el carácter de –jurídicos– dejando la interrogante de si el “remedio” al carácter estático del Derecho es una mera ilusión.

Una de las áreas del Derecho que ha quedado a la penumbra del cambio, es la que tiene que ver con la prueba digital. Nuestro CGP ha diseñado y regulado la incorporación, diligenciamiento y valoración de medios de prueba que, naturalmente, no contemplan las características que distinguen a la prueba digital. No obstante, dichos medios de prueba se utilizan en la práctica judicial y le son aplicables los marcos normativos existentes (ej. Los marcos normativos referentes a la prueba documental). Este trabajo, se cuestiona si dicha solución jurídica es adecuada o, por lo contrario, se requiere un cambio hacia la regulación autónoma de la prueba digital.

La solución jurídica adecuada, debe tener presente tanto razones epistémicas como ideológicas. Dicha afirmación es fundamental en la medida que entendamos a la actividad probatoria como una actividad cognoscitiva, y no mágica, como explica Gascón (Gascón, 2010, p. 12). En este sentido, la actividad probatoria es muy similar a la de otras ramas del conocimiento, ya sea la historia o la sociología, las cuales se sirven de reglas epistémicas a los efectos de averiguar la verdad de los hechos, reglas que surgen en la esfera de la racionalidad empírica (Gascón, 2005, p.48). Sin embargo, la actividad probatoria en el marco de un proceso jurisdiccional se encuentra institucionalizada, esto quiere decir que no sólo está sujeta a reglas de la racionalidad empírica, sino que también está sujeta a reglas jurídicas. Tal como afirma Alexy (Alexy, 2007, p. 294) la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, las semejanzas y diferencias entre los distintos discursos jurídicos son muy diversos, pero “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente”. Esto también lo sostiene Tuzet (Tuzet, 2021, p. 40), cuando sostiene que “los hechos -como las pretensiones jurídicas a ellos enlazadas- se reconstruyen por medio de narraciones acerca de lo acaecido” y que en tales narraciones se entrelazan elementos fácticos y jurídicos. Lo mismo expresa Ferrer (Ferrer, 2021) quien sostiene que las narraciones procesales y, por tanto, las pruebas jurídicas, poseen particularidades que las tornan en un tipo sui generis.

Así lo explica Marina Gascón (Gascón, 2012, p.3), al sostener que en el proceso jurisdiccional no sólo importan las razones epistémicas, sino que también importan otras razones, las ideológicas. Estas últimas existen en aras de garantizar valores que no necesariamente favorecen la averiguación de la verdad. Como se manifiesta Taruffo “El proceso es, en realidad, también un -lugar- en que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas (Taruffo, 2010, 156)” y son, la protección de datos personales, la no discriminación, el derecho a la defensa, entre muchos otros derechos fundamentales, claros ejemplos de garantías constitucionales que convive allí con otras garantías (epistémicas) que guían el proceso jurisdiccional.

Para responder a la interrogante planteada, se analizará si la solución jurídica de aplicar los marcos normativos actuales a la prueba digital es consistente con la agenda digital de Uruguay, si es coherente con los principios, ideales y objetivos que guían el proceso jurisdiccional uruguayo, y si sus consecuencias son adecuadas para garantizar tanto la calidad epistémica como la protección de los derechos fundamentales en la producción de conocimiento dentro del proceso.

2. Marco Teórico

Previo a abordar la pregunta señalada, es necesario realizar algunas consideraciones preliminares con relación: (i) al objetivo institucional de averiguar la verdad en el proceso jurisdiccional, (ii) Las reglas de exclusión probatoria que tienen presente no sólo razones epistémicas, sino que también ideológicas; (iii) La especificidad de la prueba digital.

2.1 De las ordalías a las pruebas

Que la averiguación de la verdad de los hechos sea de los valores que reconocemos de forma más intuitiva en el proceso jurisdiccional, es un privilegio (para quienes compartimos el postulado cognitivista) de nuestra sociedad que como enseña la historia ha costado alcanzar.

Si damos algunos pasos hacia atrás, podemos ver este “triunfo” de la sociedad en el pasaje de las ordalías a las pruebas. Si observamos las costumbres jurídicas de la sociedad europea de la Edad Media encontramos como medio para resolver controversias de cualquier tipo –ya sean penales o civiles– a: la ordalía. Como explica Taruffo, bajo la noción de ordalía se incluía una gran variedad de técnicas, siendo la más común y tradicional el duelo judicial o algunas no tan crueles como el juramento. Ésta última, el juramento, podría ser de las propias partes (compurgatio) o de un grupo de personas (coniuratores) en auxilio de alguna de las partes. Asimismo, como detalla Marina Gascón existían técnicas de ordalía como “caminar sobre brasas incandescentes sin sufrir lesión, recoger una piedra o anillo sumergido en agua hirviendo, encerrar al acusado y al acusado con una fiera y dar la razón al que resultaba indemne, etc etc (...)” (Gascón, 2010, p.12). Todas estas técnicas tenían en común la convicción de que Dios o algún evento sobrenatural, místico, mágico debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría directamente el resultado de la prueba “haciendo evidente la inocencia o culpabilidad del sujeto que se sometía a ellas” (Gascón, 2010, p.13).

En este sistema de ordalías la verdad se determinaba a través de la superación de una prueba, más que a través de la producción de pruebas en sentido moderno del término. Esto era culturalmente y funcionalmente racional, resolvía de forma rápida, definitiva y coherente con la cultura del contexto social circundante, en donde la vida cotidiana se encontraba dominada por la sangre, la violencia e inmersa en un mundo místico poblado de milagros, de santos, de demonios, brujas y magos (Taruffo, 2010, p.15).

Con este panorama, podría sostenerse que las ordalías eran “instrumentos para alcanzar una decisión definitiva en los actos de incertidumbre, más que (...) técnicas dirigidas a descubrir la verdad” (Taruffo, 2010, p.15) o como explica Gascón “Que la culpabilidad o la inocencia dependan del vencimiento de un duelo o del éxito de un experimento natural, que en puridad demuestran la fuerza, la destreza o la suerte del reo pero nada a propósito de los hechos imputados, supone, en suma, romper el nexo entre ilícito y pena y hacer del proceso un medio que constituye (y no que intenta averiguar) la verdad” (Gascón, 2010, p. 16).

Este pasaje de las ordalías a las pruebas, demuestra que es un privilegio de la sociedad actual concebir a la prueba y a la averiguación de la verdad piezas claves del proceso jurisdiccional y/o su principal objetivo, ya que, como explica Gascón esta fase inicial del derecho en donde hay una asociación entre juicio y rito acredita que “la actividad judicial en términos de operación racional o, cuando menos, racionalizable, constituye una cualidad asociada a determinada ideología o cultura jurídica, y no un rasgo conceptual o definitorio de aquella” (Gascón, 2010, p. 16). Depende de nosotros, los operadores jurídicos reivindicar y cuidar tal concepción.

En definitiva, este recorrido histórico, nos permite comprender que el valor que hoy otorgamos a la producción racional de pruebas no es un atributo inherente del Derecho, sino un logro cultural e ideológico y que el paso de las ordalías a las pruebas modernas refleja una evolución significativa que privilegia la racionalidad en la justicia. No obstante, el conocimiento racional de los hechos no se encuentra exento de desafíos.

2.2 Generación de conocimiento racional sobre los hechos.

El pasaje del conocimiento mágico al conocimiento racional de los hechos, ha representado un gran paso en la historia de la racionalidad. Sin embargo, como se comentaba anteriormente, esta concepción racional no está exenta de dificultades.

Muchas veces, en efecto, se identifica a la generación de conocimiento racional sobre los hechos con la obtención de certezas absolutas sobre los hechos. Como si a través de la actividad probatoria los operadores del Derecho pudiéramos evacuar toda duda y determinar la verdad sin margen de error. Se ha depositado así, una confianza ciega en la razón empírica y se ha visto en ella el motivo final, la piedra filosofal, de la decisión jurídica ¿Qué podría ser más importante que descubrir la verdad de los hechos para aplicar el Derecho? Sin embargo, como explica Gascón, la razón empírica es incapaz de garantizar la certeza absoluta, lo que sí nos puede ofrecer es una aureola de racionalidad (Gascón, 2010, p. 43).

Y es imposible alcanzar certeza absoluta, sencillamente y sin perjuicio de otras razones, porque en el marco de un proceso jurisdiccional se trabaja sobre hipótesis fácticas que ocurrieron en el pasado y no tienen un método o proceso de reproducción experimental como sí lo tienen las ciencias empíricas en sentido estricto. Éstas últimas podrían cotejar una hipótesis científica en un laboratorio, con un número potencialmente infinito de pruebas, no así las hipótesis fácticas en un proceso jurisdiccional.

Entonces, si hacemos un doble click sobre el objetivo de “averiguar la verdad” y nos adherimos a la concepción racionalista o cognositivista de la prueba, siguiendo a Jordi Ferrer (Ferrer, 2021, p.18), podríamos hacer las siguientes consideraciones:

- (i) Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, atento a que la verdad es el objetivo institucional y es alcanzado a través de la prueba en el proceso jurisdiccional.
- (ii) Existe un concepto de verdad como correspondencia, de modo que un enunciado fáctico es verdadero si, y sólo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo externo al proceso.
- (iii) Nunca un elemento de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contexto de incertidumbre.
- (iv) El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Afirmar que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero según las pruebas dadas.

2.3 Institucionalización de la prueba

En el Derecho existen diversos tipos de narraciones orientadas a diferentes objetivos, a modo de ejemplo: la narración de un dogmático está dirigida a prescribir cómo interpretar el sistema jurídico vigente en un ordenamiento particular; la narración de un senador podría estar dirigida a la sanción de una ley, mientras que las narraciones de las partes en el marco de un proceso jurisdiccional están orientadas a acreditar o negar las hipótesis fácticas invocados en una pretensión judicial. Tal como afirma Robert Alexy, las semejanzas y diferencias entre los distintos discursos jurídicos son muy diversos pero “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente” (Alexy, 2017, p. 294).

Asimismo, tal como explica Giovanni Tuzet “los hechos –como las pretensiones jurídicas a ellos enlazadas– se reconstruyen por medio de narraciones acerca de lo acaecido” (Tuzet, 2021, p. 40) y, siguiendo al autor, en tales narraciones se entrelazan elementos fácticos y jurídicos. Tal juridicidad es lo que nos distingue de los historiadores, biólogos, sociólogos a la hora de hallar la verdad. Algunos autores toman este último postulado, al extremo de afirmar que las narraciones procesales y, por tanto, las pruebas jurídicas, poseen particularidades que las tornan en un tipo *sui generis* (Tuzet, 2021, p.40). Jordi Ferrer (Ferrer, 2021, p. 18), por ejemplo, individualiza algunas de las notas distintivas que justifican tal categorización:

- El objetivo institucional es la averiguación de la verdad.
- Se determina (normalmente) la ocurrencia de hechos pasados.
- El derecho incluye un buen número de reglas jurídicas sobre la prueba.
- La toma de decisiones sobre la prueba en el proceso está sometida a estrictas limitaciones temporales.
- Las partes, con intereses contrapuestos, intervienen en el proceso.
- La justificación de la decisión adoptada es relativa a un conjunto determinado de elementos de juicio.
- La decisión que se adopte está dotada de autoridad.

En la misma línea y a modo de ejemplo Giovanni Tuzet (Tuzet, 2021, p.40) también sostiene: (i) las narraciones procesales se desarrollan en un contexto de “dialéctica institucional”, es decir los narradores tienen roles institucionales diferentes (esto no sucede en la indagación histórica); (ii) la narración procesal no es libre respecto a la elección de su objeto, como sí lo es la histórica, atento a que la procesal está vinculada a normas; (iii) En el caso de las narraciones procesales las normas no sólo inciden en la determinación del objeto sino que también en su modalidad probatoria e incluso en su valoración; (iv) El resultado en el caso de las narraciones procesales no es libre, ya que concluye con una decisión autoritaria por parte de un Juez.

Lo hasta aquí señalado sobre la especificidad de las narraciones procesales vale también para las pruebas jurídicas: “poseen particularidades que las tornan en un tipo de prueba *sui generis*, no coincidente con las pruebas históricas ni con las pruebas científicas” (Tuzet, 2021, p. 40). En este sentido, la prueba jurídica difiere de la científica porque: (a) está sometida a ciertos límites de cantidad y calidad; (b) está sometida a

un límite temporal; (c) las cuestiones probatorias se definen a través de decisiones autoritativas, entre otras razones.

Por tanto, el doble click a ese objetivo de averiguar la verdad revela no sólo una dimensión epistémica, sino también una dimensión jurídica o ideológica al subrayar que existen límites institucionalizados para la averiguación de la verdad. La búsqueda de la verdad en el proceso jurisdiccional es un entramado complejo que debe equilibrar los diferentes valores que conviven allí. Así, el razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico, afirmando la verdad de un enunciado fáctico en función de su probabilidad basada en las pruebas presentadas, y reconociendo siempre las limitaciones y contextos de incertidumbre que permea a una sociedad.

2.4 Reglas exclusión de la prueba

Hasta ahora, se ha querido señalar lo importante que ha sido en el transcurso de la historia de la racionalidad poner a la -averiguación de la verdad- como un valor fundamental a la hora de tomar una decisión en el marco de un proceso jurisdiccional. Sin embargo, al hacer un doble click sobre este horizonte nos encontramos con dos dimensiones: (i) una epistémica y (ii) una ideológica. La primera está guiada por reglas derivadas de la racionalidad empírica y la segunda por una racionalidad institucionalizada, que dependerá de la cultura jurídica en una sociedad y en un tiempo determinado.

Cabe señalar que, este conflicto, entre razones epistémicas y razones ideológicas no sólo ocurre en el marco de un proceso jurisdiccional, puede ocurrir en cualquier investigación científica sin importar la rama de conocimiento, como sostiene Taruffo:

“también la investigación científica, que puede ser considerada como el modelo ideal de actividad epistémica, puede sufrir limitaciones derivadas de la necesidad de realizar valores a los que se atribuya prevalencia, como los que se refieren a la dignidad o a la libertad del hombre o a la tutela de la vida” (Taruffo, 2010, p. 14). Sin embargo, en el ámbito jurídico tales razones se encuentran institucionalizadas.

Las reglas jurídicas que regulan la prueba, son de muy diversos tipos. En este caso, nos interesa trabajar sobre aquellas reglas que excluyen la prueba que -a pesar de ser relevante epistémicamente- ha lesionado derechos fundamentales. La literatura jurídica sobre este tipo de pruebas excluidas la denominan “prueba ilícita”. Es oportuno, distinguir, siguiendo a Manuel Miranda Estrampes (Estrampes, 2010), prueba ilícita de prueba irregular. La primera es obtenida y/o practicada vulnerando derechos fundamentales, mientras que la segunda sería aquella “obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales”. Asimismo, se debe distinguir el principio de legalidad de la prueba con el principio de licitud de la prueba “el primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales”.

Una de las razones ideológicas que sustentan las reglas de exclusión probatoria es la protección de datos personales. En este sentido, Marina Gascón (Gascón, 2010) explica

que existen dos modelos de articular el fundamento de la existencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita: (i) La regla de exclusión de la prueba se materializa o aloja directamente en un derecho de raigambre constitucional como lo es el derecho a un debido proceso; (ii) la regla de exclusión de la prueba ilícita no se materializa directamente en un derecho, sino que la justificación de su existencia reside en una construcción jurisdiccional (un instrumento procesal de creación jurisprudencial) que nace por la necesidad de producir un efecto disuasorio sobre las conductas que lesionan derechos. La segunda fundamentación, no quiere decir que la creación jurisdiccional no tenga ningún anclaje constitucional, de hecho, lo tiene (pretende de manera indirecta tutelar derechos fundamentales), lo que quiere decir es que no existe una regla específica de raigambre constitucional que la aloje de forma directa.

En lo que tiene que ver con la exclusión probatoria por motivos de protección de datos personales, el primer modelo es el típico de un sistema constitucional occidental mientras que el segundo (también conocido como “deterrent effect” o “efecto disuasorio”) es paradigmáticamente norteamericano. La importancia de identificar un ordenamiento jurídico particular con una u otra concepción se dirige a la tarea de evaluar las posibles excepciones a la regla de exclusión.

La pregunta sobre cuáles podrían ser las excepciones a la regla de exclusión, no sólo están presente en los conflictos entre las razones epistémicas (averiguación de la verdad) e ideológicas (ej. protección datos personales) sino que también aparecen en conflictos de razones netamente ideológicas (ej. represión de la criminalidad vs. protección de datos personales). En el modelo norteamericano del “efecto disuasorio” al negar la existencia de una regla específica que prohíba la admisión de una prueba en caso de lesionar derechos fundamentales (prueba ilícita) abre un mayor espectro de posibilidades para admitir la prueba incluso en casos en el que se haya constatado un acto ilícito (ej. cuando el derecho violado ya goza de una amplia protección, en casos en que la disuasión no vaya alcanzarse porque quien realizó el acto ilícito lo hizo de buena fe, en casos concretos donde en una ponderación de principios el interés público en obtener la verdad o el interés público en reprimir la criminalidad tenga mayor peso que el derecho fundamental lesionado al producir la prueba). En cambio, en el otro modelo, en donde se reconoce una regla específica de raigambre constitucional que prohíbe la admisión de prueba ilícita plantea más dificultades a la hora de establecer excepciones.

Uruguay se asimila más a lo que es el modelo occidental, aquel modelo que reconoce a regla de exclusión probatoria con raigambre constitucional. Y, particularmente, en lo que tiene que ver con la Protección de Datos Personales la ley 18.331 no deja dudas de que existe una protección de raigambre constitucional.

En definitiva, aunque alcanzar un paradigma racional en la valoración de la prueba es un logro significativo, no debemos perder de vista que este objetivo también está influenciado por valores ideológicos inherentes a un determinado ordenamiento jurídico. La búsqueda de la verdad en el proceso jurisdiccional no sólo responde a razones epistémicas, sino también a las características ideológicas y culturales del sistema jurídico en cuestión. Por tanto, un análisis de la prueba digital debe considerar ambas dimensiones, integrando la racionalidad epistémica con una comprensión crítica de los límites y valores institucionales que guían el proceso jurisdiccional.

2.5 La especificidad de la Prueba Digital

Hace tiempo que nuestra sociedad se caracteriza por el uso intensivo de las nuevas tecnologías y aparece, como un nuevo espacio de interacción el “ciberspacio” que, siguiendo a Moisés Barrio Andrés (Barrios, 2018, p.24) el ciberspacio tiene tres capas: (i) una capa física, que consta del hardware que propicia la transmisión de información; (ii) una capa lógica, la conexión física y funcional entre dispositivos y redes que son posibles por un software, estándares técnicos y (iii) una tercer capa, de servicios y contenidos, integrados por múltiples fuentes de información, conocimiento y servicios que se prestan en línea.

El ciberspacio se ha convertido en poco tiempo “el espacio público más amplio que jamás haya conocido la humanidad” (Barrios, 2018, p.15) y el mayor éxito no ha sido conectar máquinas entre sí, sino que conectar personas de las más variadas maneras. Generando así nuevos escenarios en donde se desarrollan las relaciones económicas, políticas, sociales y, especialmente, personales. Naturalmente, serán en estos nuevos escenarios donde encontraremos los datos que sean relevantes para averiguar la verdad en el marco de un proceso jurisdiccional y dichos datos deberán ser incorporados al proceso y valorados en el proceso con ciertas particularidades que no presentan otros medios de prueba tradicionalmente conocidos. Sin embargo, en nuestro CGP no tenemos una categoría que regule específicamente tales medios de prueba y tanto la doctrina como la jurisprudencia uruguaya ha tenido que dar soluciones jurídicas con los textos legales existentes.

Como explica la Profesora Virginia Barreiro (Barreiro, 2019), en función de diversas posiciones doctrinarias sobre la interpretación de los marcos jurídicos uruguayos, se ha sostenido en Uruguay que la prueba digital es una especie dentro del género prueba documental “En función de las definiciones citadas y atendiendo a los conceptos delimitados en las leyes sancionadas en los últimos años y especialmente teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 18.600 podemos afirmar que el documento electrónico es una especie dentro del género prueba documental”. Entre los argumentos centrales que sostiene esta postura se encuentra que: (a) El CGP, ofrece un concepto amplio de documento, concibiendo como todo objeto producto de la actividad humana, dotado de función representativa de ciertos hechos, que sirve por ello como medio para probar esos hechos (Vescovi et al., 1998, como se citó en Barreiro, 2019); (b) La ley 18.600 sobre documento y firma electrónica que reconoce su validez y equipara al documento electrónico con los efectos del documento manuscrito.

No obstante, como también lo señala la profesora Barreiro “la aplicación al documento electrónico del régimen de prueba documental previsto en el CGP no está exenta de dificultades en función de las marcadas diferencias existentes entre el documento escrito y el digital” (Barreiro, 2019). Algunas de las diferencias marcadas se pueden advertir fácilmente, teniendo presente y como punto de partida las especificidades que presenta el ciberspacio –el entorno donde habitan las pruebas digitales–. Algunas de estas especificidades, siguiendo a Juan Carlos Riofrío Martínez –Villalba (Riofrío, 2014), quien reflexiona sobre las diferencias objetivas entre el espacio virtual y el espacio “analógico” encontramos las siguientes:

- a. **El mundo digital es un mundo de exposición.** El ciberespacio es un espacio de expresión y exposición. Ya no se reduce a un espacio de comunicación o intercambio de información, allí se encuentran datos personales que constituyen a una persona.
- b. **El ciberespacio es un mundo reflejo.** Si bien el mundo virtual necesita del mundo “real” entre estos sólo existe una relación causal. Lo digital es el reflejo de lo análogo, la imagen que se ve reflejada en el espejo. No son lo mismo.
- c. **Estamos en un mundo sin espacio físico.** La información digital no tiene peso que arrastrar, ni masa que mover. La información que circula en el ciberespacio no está sometida a las leyes del espacio físico. “Desde luego esta característica trastoca todos los esquemas sobre los que se han edificado los ordenamientos jurídicos estatales, cuyo ámbito de vigencia está fuertemente delimitado sobre las coordenadas del espacio y el tiempo.” (Riofrío, 2014)
- d. **El tiempo digital es relativo.** En el ciberespacio las cosas aparecen y desaparecen sin medida intermedia. Por ejemplo, “la percepción puede ser diferente a nuestros ojos, al igual que una sucesión rápida de fotografías nos da una fuerte sensación de movimiento, algo similar nos sucede con el mundo digital, que tendemos a identificar con el mundo real” (Riofrío, 2014).
- e. **Contextos de exposición.** Los datos que circulan en espacios virtuales tienen un mayor grado de exposición que los datos que circulan en otros espacios no virtuales. A ello se le suma el tratamiento masivo de datos personales. Los desafíos que presenta la protección de datos personales en estos contextos cambian de escala.
- f. **Contextos de mera información y de servicios.** Cada vez son más las alternativas de interacción que podemos tener en el medio virtual y en virtud de tal contexto los intereses en juego, las cargas y las responsabilidades sobre la información objeto de tratamiento puede variar. Cientos de personas, organizaciones, instituciones públicas, corporaciones y empresas emplean el ciberespacio. Un claro ejemplo son las plataformas digitales que han desarrollado nuevos modelos de negocios, con roles y responsabilidades diversas entre los sujetos que interactúan.
- g. **Derechos digitales.** Cada vez está más presente en la agenda jurídica el postulado de una cuarta ola de derechos humanos que, naturalmente, cobran existencia en el mundo virtual: el derecho a existir digitalmente, el derecho a la reputación digital, la estima digital, la libertad y responsabilidad digital, la privacidad virtual, el derecho al olvido, el derecho al anonimato, el derecho al domicilio digital, el derecho a la seguridad informática, el derecho al testamento digital.

En este sentido y siguiendo a Moisés Barrio Andrés (Barrios, 2018, p. 19), son tantas las especificidades que presenta este nuevo espacio que se hace necesaria una disciplina jurídica (Ciberderecho) que dote de autonomía a ciertos fenómenos que ocurren en el ciberespacio. Una disciplina que se encargue de brindar las categorías jurídicas adecuadas a una nueva problemática y un nuevo contexto social que no se acomoda fácilmente a la regulación tradicional. ¿Por qué la prueba digital estaría ajena a tal realidad?

3. Hacia la autonomía de la Prueba Digital

En el marco de una tendencia en donde se comienza a valorar la reconceptualización de las categorías jurídicas tradicionales para atender aquellos nuevos fenómenos que se presentan en el mundo virtual, cabe preguntarse si la equivalencia funcional o la aplicación analógica de los marcos normativos de la prueba documental a la prueba digital, representan una solución jurídica adecuada para nuestro ordenamiento jurídico.

Nail McCormick en su teoría de la argumentación jurídica tiene el objetivo de establecer cómo se puede distinguir argumentos jurídicos adecuados de argumentos jurídicos deficientes. Para ello propone dos formas de justificación jurídica: (i) la justificación de primer nivel o deductiva y (ii) la justificación de segundo orden (Feteris, 2007).

La primera, se da cuando los casos son claros y las partes están de acuerdo sobre la regla específica y la decisión sobre la regla aplicable se justifica mediante un argumento deductivo simple. Sin embargo, lo cierto es que por lo general los casos no siempre son claros y pueden surgir problemas de interpretación, de clasificación o que estemos ante un caso en el que no exista una regla preestablecida para orientar el asunto. Estos últimos casos, los “casos difíciles” requieren previo a la justificación deductiva, una justificación de segundo orden. La justificación de segundo orden se encargará de justificar por qué se prefiere cierta solución jurídica y no otra.

Asimismo, McCormick describe tres tipos de argumentos que son útiles para resolver los de manera racional los problemas ya señalados: (i) argumentos consecuencialistas; (ii) argumentos de coherencia; (iii) argumentos de consistencia (Feteris, 2007).

A priori, teniendo en cuenta el caso de las pruebas digitales introducidas al proceso jurisdiccional de Uruguay, parece un caso simple cuya solución: la aplicación de la normativa sobre prueba documental, una justificación deductivamente válida. Sin embargo, si exponemos tal solución jurídica a un análisis de segundo nivel, en la misma se pueden detectar consecuencias no deseables tanto en el plano epistémico como en el plano ideológico (en el tipo de conocimiento que generamos en el proceso), así como también inconsistencia con directrices políticas e ideales regulativos de nuestro sistema jurídico.

Para empezar, esta solución no es consistente con la Agenda Uruguay Digital que tiene como ideal regulativo el desarrollo sostenible y el impulso de una sociedad digital (Agenda Uruguay Digital, 2025). Dicha agenda es la continuidad de un proceso de política digital que inició en el año 2000, que ha sido evolutivo y sostenido en el tiempo. Es una agenda que tiene el objetivo de avanzar en un desarrollo concreto, visible y que consolide un Uruguay Digital. Ignorar las especificidades de la prueba digital, equiparando su regulación a la regulación a los medios de prueba tradicionales no es consistente con el esfuerzo que nuestro Gobierno Electrónico realiza para hacer cada vez más visible los nuevos espacios -virtuales- en los que nuestra sociedad habita.

En base a esta directriz, se han desarrollado marcos normativos que dan lugar a nuevas categorías jurídicas que, indudablemente, dan cuenta de las nuevas escalas que empiezan a ocurrir en nuestra sociedad cuando ésta interactúa con las nuevas tecnologías y la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales. Algunos de estos marcos jurídicos han sido: (i) La ley 18.331 del año 2008, Ley Protección de Datos Personales,

que introduce nuevas categorías conceptuales tales como dato personal, tratamiento de datos, privacidad desde el diseño, base de datos, titular base de datos, responsable de bases de datos personales, entre muchas otras que dan cuenta de que la nueva realidad en donde nuestros datos personales están inmersos, requiere de categorías autónomas y específicas para ser tutelados; (ii) Ley Nro. 18.381 del año 2008, Ley de Acceso a la Información Pública, si bien la transparencia y el acceso a la información han sido valores tradicionales en todos los sistemas de gobierno, el uso de las nuevas tecnologías que ha dado lugar a infraestructuras que permiten tratamientos masivos de datos personales ha necesitado de instrumentos jurídicos que refuerzan la tutela de tal valor, es así que en 2008 se promulgó la citada ley, ofreciendo una regulación que atiende las necesidades de la sociedad actual y, en paralelo, el despliegue de estrategias y políticas que permitan un acceso efectivo y rápido de tal información; (iii) Ley 18.600 del año 2009, Ley Documento y Firma Electrónica, si bien esta ley equipara los efectos jurídicos con el documento manuscrito (en el caso de la firma electrónica simple) y documento público o con certificación notarial (en el caso de la firma electrónica avanzada) desplegó una serie de conceptos nuevos y autónomos que fueron necesarios para dar una respuesta eficiente a una realidad a la que estamos expuestos constantemente como lo son la circulación de documentos en soportes electrónicos; (iv) Decreto Nro. 276/013 que regula el procedimiento administrativo electrónico. Más allá de las críticas que se le puede hacer a dicho Decreto sobre su contenido, lo cierto es que desde el Poder Ejecutivo hay una intención y esfuerzo de contemplar la nueva realidad y adaptar el Decreto 500/991 a la actualidad de la sociedad uruguaya; (v) Ley Nro. 18.719 del año 2010, artículo 149 (en la redacción dada por la Ley Nro. 19.924) que encomienda a la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (en adelante, “AGESIC”) dirigir las políticas, metodologías, prácticas, fiscalizar, auditar a todas las entidades públicas. Asimismo, la ley dispone que dicha función la ejerza la Dirección de Seguridad de la Información que alberga al Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática (CERTuy) que tiene como cometido central coordinar la respuesta de incidentes informáticos y realizar las actividades necesarias para proteger los activos de información de las entidades públicas; (vi) Ley Nro. 18.719 artículo 666 que autoriza el uso de expediente electrónico, documento electrónico, clave informática simple, firma electrónica, etc en el ámbito de los procesos jurisdiccionales que se tramitan ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante, “TCA”).

Lo anterior, son tan sólo algunos ejemplos (no exhaustivos) de marcos normativos que se han sancionado en nuestro ordenamiento en respuesta de las necesidades que presenta una sociedad digital. Una sociedad con especificidades, con nuevos espectros de interacción, con nuevos desafíos en donde las categorías jurídicas tradicionales se vuelven ineficientes ¿Por qué esta tendencia no se sostiene en el caso de la prueba digital?

Una de las razones que podría explicar por qué esta tendencia no se sostiene con la prueba digital, es por el “encajonamiento” de todos los proyectos de ley que han llegado al Parlamento con el objetivo de avanzar hacia una transformación digital del Poder Judicial. Véase, por ejemplo, el proyecto de ley propuesto por el Colegio de Abogados sobre la utilización de la información y la comunicación en los procesos jurisdiccionales o el proyecto de ley en el marco del Programa de Modernización Legislativa (PROMOLE) sobre Prueba Digital. Ambos se encuentran “encajonados” en los asuntos de la Comisión Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de nuestro Parlamento.

Sin perjuicio de entrar a analizar si los proyectos allí mencionados contemplan las especificidades de la prueba digital o si lo que se ha pretendido regular allí es suficiente/ adecuado o no, lo cierto es que hubo un esfuerzo de la comunidad jurídica en brindar regulaciones que contemplen la especificidad del fenómeno digital en el proceso jurisdiccional y las mismas no han sido tenidas en cuenta como prioridad en las agendas de nuestros legisladores.

Si bien Uruguay cuenta con una División Tecnológica en el Poder Judicial con el equipo de desarrolladores capacitados para enfrentar desafíos vinculados a la transformación digital del Poder Judicial, éstos se encuentran con las “manos atadas” por la inexistencia de plataformas normativas que les permitan actuar.

Uno de los rasgos más importantes que definen a un sistema jurídico, y del que nos enorgullecemos como sociedad contemporánea, es la existencia de “reglas de cambio”. Estas reglas tienen como objetivo contrarrestar uno de los grandes males que afectan a los sistemas normativos: su carácter estático. Los procesos legislativos para elaborar, derogar o modificar leyes representan lo que Hart (Hart, 1961, p. 119) denomina un tipo de regla secundaria “la regla de cambio”. Estas reglas son esenciales en los sistemas jurídicos, ya que nos permiten acompañar los cambios de la sociedad. Sin ellas, la posibilidad de modificar una regla de conducta sería muy limitada e incierta.

Curiosamente, a pesar de jactarnos de este rasgo característico de los sistemas jurídicos, los hechos demuestran que, en algunas situaciones, no son suficiente para atacar lo estático de un sistema normativo. Continuamos con proyectos de ley que representan agentes de cambio, que permanecen estancados. Si el estado actual de la sociedad requiere otros mecanismos para superar el carácter estático del Derecho es una pregunta que excede el presente trabajo, pero que merece ser considerada para reflexionar sobre esta situación y entender por qué la tendencia del gobierno electrónico no se sostiene en el ámbito del Poder Judicial.

No obstante, lo anterior, cabe señalar un aporte de nuestros legisladores en el avance de la transformación digital en el ámbito del Poder Judicial. El aporte es la Ley Nro. 18.237 del 26 de diciembre de 2007 que en su artículo único dispuso lo siguiente:

“Autorízase el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de clave informática simple, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Facúltase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación.”

Esta disposición permitió a la Suprema Corte de Justicia dictar diferentes acordadas tales como la Nro. 7637 del año 2008, que creó la Unidad de Administración de Notificaciones Electrónicas (UANE), permitiendo así la comunicación electrónica de notificaciones; Acordada nro. 7880 del año 2016, que aprobó el reglamento de registro de audiencias mediante el uso de AUDIRE; Acordada Nro. 8114 del año 2021 que reglamentó el ingreso de expediente a través del Sistema de Ingreso de Expedientes Judiciales, entre otras.

Más allá de la competencia que le fue atribuida a la Suprema Corte de Justicia no se debe olvidar que el artículo 18 de la Constitución de la República consagra el principio de legalidad en materia procesal disponiendo que “las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios”. Esto da cuenta de que, más allá de que exista la ley 18.237 allanando el uso de las tecnologías en el ámbito del Poder Judicial, sigue siendo el legislador quien tiene competencia para fijar el orden y las formalidades de los juicios. El camino hacia la autonomía de la prueba digital, requiere sin lugar a dudas la intervención del Poder Legislativo.

Ahora bien y, por otro lado, cabe preguntarse también, si las consecuencias de aplicar los marcos normativos de la prueba documental a la prueba digital son adecuadas para acercarnos a una generación de conocimiento racional que responde no sólo a cuestiones epistémicas (averiguación de la verdad) sino que también a cuestiones ideológicas (tutela de derechos fundamentales).

La prueba en el CGP no sólo es una necesidad (art. 137 CGP), sino que también una carga (art. 139 CGP) en donde reposa, en gran medida, el derecho de defensa y acceso a la justicia de las partes. Por otro lado, el artículo 146 del CGP enumera cuáles son los medios de prueba: documentos, declaración de parte, declaración de testigos, dictamen pericial, examen judicial y las reproducciones de hechos. Asimismo, el artículo 146.2 menciona que también podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho pero que se aplicarán analógicamente las normas que disciplinan a los medios de prueba más arriba individualizados.

Si por las especificidades que presenta la prueba digital no nos ponemos de acuerdo en cuál medio de prueba dentro de las opciones que ofrece el art 146.1 se califica y recurrimos al precepto del artículo 146.2 del CGP calificando el caso como un “medio probatorio no prohibido por la regla de derecho” nuestro CGP nos dispone cuál es la solución: aplicar analógicamente las normas que disciplinan los medios de prueba que se individualizan en el artículo 146. La cuestión está en si creemos que tal solución jurídica que brinda el CGP es adecuada o en el caso de que no lo sea, entendamos que el caso tiene la relevancia suficiente para crear un nuevo marco jurídico.

Algo que parece notorio es que, más allá de que se aplique analógicamente la normativa de la prueba documental o de otro medio de prueba dentro de los enunciados en el artículo 146, lo cierto es que no hay reglas que contemplen las especificidades del espacio virtual y se le aplicarán marcos normativos pensados y diseñados para medios probatorios que distan mucho a la realidad en la que la prueba electrónica habita.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal está obligado por el artículo 140 del CGP a valorar la prueba en su conjunto de forma racional y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Este artículo da cuenta de que el ideal regulativo en nuestro proceso jurisdiccional es la generación de conocimiento racional y no mágico¹. En este escenario, cabe preguntarnos si la solución jurídica que estamos ofreciendo para la prueba digital es coherente con el ideal señalado o nos aleja de su realización.

1 Ver marco teórico, en donde se diferencia la generación de conocimiento racional del conocimiento mágico por Gascón.

En atención a esta incoherencia señalada, es que a continuación se individualizan algunos problemas que podrían ocurrir en la práctica judicial y que interfieran en la realización del ideal regulativo antes señalado. Ideal regulativo que, como se señala en el marco teórico, no sólo responde a cuestiones ideológicas, sino que también a cuestiones epistémicas:

(i) El artículo 72 del CGP dispone: “Los documentos que se incorporen al expediente podrán presentarse en su original o facsímil, con autenticación de su fidelidad con el original por escribano o funcionario público, si legalmente correspondiere”.

En caso de que estemos ante un documento electrónico, no se deja en claro si la versión original es el primer documento electrónico o si las posteriores reproducciones (a pesar de ser electrónicas) siguen representando al original. En la literatura sobre documentos electrónicos, como expresan Mónica Bustamante y Ángel Galvis (Galvis Lugo & Bustamante Rúa, 2019, p. 195), hay quienes manifiestan que el original es el medio magnético en donde se conserva y cualquier reproducción es copia, mientras que, para otros más vanguardistas “los documentos electrónicos son todos originales, incluyendo sus representaciones o copias, siempre y cuando conserven su formato primigenio y su contenido no sea alterado”. Quienes sostienen la última posición señalada, expresan que en el mundo virtual no podemos concebir como documento original únicamente el que consignó por primera vez la información, ya que en la práctica el destinatario de tal documento por lo general lo recibe vía electrónica una copia y el remitente se queda con -en el que en un contexto tradicional- sería el original (Galvis Lugo & Bustamante Rúa, 2019, p. 195).

Sin perjuicio de lo anterior, la ley 19.671 que reconoce la validez de los títulos ejecutivos como documentos electrónicos, dispone “también se encuentran comprendidos las representaciones impresas en papel de dichas facturas a remitos electrónicos, firmados de manera autógrafa”. Inciso que parece tener la intención de habilitar la incorporación de los documentos electrónicos en formato papel, pero luego menciona la necesidad de ser firmados de manera autógrafa, por tanto, permite preguntarse ¿estamos hablando de un documento electrónico, o de un documento físico tradicional con firma a puño y letra? No es claro cuál es la innovación que quiere introducir tal inciso.

Este artículo tampoco ofrece una solución clara para determinar la manera o el soporte adecuado para incorporar la prueba de tipo electrónica. Virginia Barreiro expresa:

“podría agregarse en el dispositivo o soporte adecuado, por ejemplo, acompañando el “pen drive” o dispositivo similar, utilizando el receptáculo que resulte adecuado a la naturaleza del documento. A ello se agrega que debería adoptarse todas las diligencias necesarias para garantizar su autenticidad, preservación y evitar su pérdida; como solicitar que se deposite en la caja de seguridad del tribunal o aportar en un sobre cerrado y lacrado e intervenido por escribano público y que se una por cordón al expediente”.

Virginia está en lo cierto, en cuanto a que es necesario desplegar todas las diligencias necesarias para garantizar su autenticidad e integridad, sin embargo, no tenemos a disposición criterios uniformes que nos permitan corroborar cuándo hubo diligencia y cuándo no. Lo que existe son criterios doctrinarios o prácticas jurídicas que no siempre

contemplan las especificidades del mundo virtual, sino que mantienen las lógicas tradicionales ¿Qué garantía me da guardar el medio de prueba digital en una caja fuerte, que un escribano público intervenga para constatar lo que vio en el dispositivo (sin conocimiento técnico sobre el mismo) o que el soporte utilizado sea unido con cordón al expediente?

Ante estos desafíos y las especificidades que representan los documentos electrónicos, la Suprema Corte de Justicia ha brindado soluciones a casos puntuales. Por ejemplo, la Circular nro. 151/2019 que refiere a la Acordada nro. 8050 establece que para las copias en soporte papel de documentos firmados electrónicamente, realizadas por oficinas jurisdiccionales o administrativas del Poder Judicial, se consideran auténticas siempre que las mismas cuenten con el Código de Verificación Electrónico (CVE) que permita corroborar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos originales. Asimismo, dispone que previo a la incorporación del documento al expediente digital, las oficinas jurisdiccionales como administrativas del Poder Judicial deben realizar la verificación del archivo original y validar sus firmas mediante el acceso que el emisor disponga.

Si el caso de los documentos electrónicos con firma electrónica de las oficinas del Poder Judicial ha sido un caso relevante para generar una regulación autónoma que contemple sus especificidades ¿Por qué no lo es todo el espectro de prueba electrónica?

En el actual estado de situación, un juez debe valorar en base a la sana crítica el documento electrónico como si fuera un documento tradicional, sin que existan otras exigencias adicionales para corroborar la fiabilidad del medio o los datos que aloja dicho medio. Tampoco hay exigencias o contralor respecto a la fuente, los estándares de seguridad empleados, tipos de tecnologías implementadas, entre otras especificidades que podrían ser relevantes para averiguar la verdad de los hechos y/o respetar otros valores jurídicos como la buena fe, la privacidad, el derecho de defensa, entre otros.

Siguiendo con el caso de la firma electrónica, ahora ya no sólo las del Poder Judicial, sino que aquella firma electrónica que todo ciudadano en Uruguay puede utilizar, vemos un claro ejemplo en donde la falta de una regulación autónoma puede interferir en la averiguación de la verdad.

En Uruguay la ley 18.331 distingue lo que es la firma electrónica simple de la firma electrónica avanzada. La firma electrónica avanzada la ofrecen proveedores de firma electrónica certificadas por la Unidad de Certificación Electrónica (UCE). Tal certificación da cuenta de ciertos estándares tecnológicos y de seguridad que garantizan el uso de dispositivos seguros de creación de firma como puede ser token criptográfico, tarjeta inteligente, HSM y otro dispositivo que otorgue garantías de seguridad equivalentes. En estos casos, bastaría con una metodología como la ya prevista en la firma electrónica del Poder Judicial para respetar ciertos estándares o controles de autenticidad y fiabilidad en la admisibilidad y valoración de la prueba aportada.

Sin embargo, la firma electrónica simple puede ser de cualquier proveedor de firma electrónica sin que exista un control de la Unidad de Certificación Electrónica y los estándares de seguridad y tipos de tecnologías pueden variar. Este escenario-el de firma electrónica- naturalmente, presenta una variedad de situaciones para valorar mucho más amplia que la de firmas manuscritas en documentos tradicionales. Sin embargo, nuestro CGP no contempla ninguna de tales especificidades para dicha valoración.

Si fue posible -para la firma electrónica del Poder Judicial- diseñar un mecanismo que garantice la fiabilidad del documento que se incorpora ¿Por qué no seguir esa tendencia con todos los documentos con firma electrónica que se incorporen al expediente?

(ii) El artículo 170 del CGP dispone que los “documentos privados emanados de las partes se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma si están suscriptos o la autoría, si no lo están” y (iii) el artículo 171 del CGP establece las instancias en las que puede oponerse el desconocimiento del documento, ya sea al contestar la demanda o seis días siguientes a la notificación de la contestación de la demanda o reconvención, o en la misma audiencia si se agregan allí.

Esta solución de presunción aparente o verdad interina que adquiere este medio de prueba si no es desconocida su autenticidad en las etapas procesales indicadas ¿Es suficiente cuando hablamos de la gama tan amplia de pruebas digitales? ¿Queremos que esta regla también sea equivalente a la nueva realidad que estamos atravesando o queremos otras exigencias? Por ejemplo, que quien aporte la prueba a pesar de que no haya desconocimiento de la contraparte, deba otorgar un conjunto de indicios que corroboren la credibilidad de la prueba digital ofrecida como medio de prueba. Ignacio Soba (Soba, 2024, p.117) analizando el caso del Código del Proceso Penal (en adelante, “CPP”) se pregunta si el artículo 271.1 TER que regula la prueba sobre prueba sería una alternativa para exigir mayores diligencias a los litigantes. En el CGP no tenemos una disposición con estas características, pero el CPP en dicha solución jurídica parece dar una pauta o antecedente de tal práctica. No obstante, cabe señalar que el CPP “no dice nada acerca de la carga y/o deber, sino que sólo refiere a que el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas (sin referir a ninguna de las partes de la controversia)” (Soba, 2024, p.117) lo que exige preguntarnos de qué manera sería adecuada incorporar una disposición de estas características al CGP si nuestra finalidad es que ésta tenga un efecto práctico en el contralor de la calidad de las pruebas que son incorporadas al proceso.

En este mismo sentido se expresa Ángel Francisco Galvis y Mónica Bustamante Rúa:

“la prueba electrónica dista significativamente de lo que se conoce como prueba documental, pues tanto en su génesis como en su práctica, su contenido, su traslado al proceso, sus vicisitudes, su apreciación por el juez del conocimiento, etc se encuentran marcadas diferencias, lo que permite inferir, con alto grado de acuerdo, que el tratamiento equivalente (...) colocando en serios aprietos el cumplimiento del postulado de tutela judicial efectiva” (Galvis & Bustamante, 2019, p.189).

Los referidos autores también señalan algunas falencias de las pruebas digitales, tales como “su alto grado de manipulación” o la necesidad de demostrar una exigencia mayor en cuanto a la autenticidad, fiabilidad, integridad o disponibilidad, mientras que, en el caso de la prueba documental “a pesar de poder ser alterada, el proceso para ello es más complejo y técnico” Galvis & Bustamante, 2019, p.189).

Cabe preguntarse si las soluciones tradicionales son suficientes o es menester exigencias de diligencia mayor a los litigantes, cuando hablamos de prueba digital. En palabras de Soba, “¿Tenemos que imponer -más que como deber, como carga- al litigante que ofrece la prueba una diligencia adicional para que no ingrese al proceso prueba potencialmente falsa y/o manipulada? Acaso tenemos que imponer esa exigencia de

corroboración de autenticidad y/o integridad de la prueba electrónica por razones que hacen a la colaboración procesal, o a no dejar que ingresen al proceso pruebas de baja o nula calidad.” (Soba, 2024, p.117) Estas interrogantes no se responden aplicando las mismas lógicas que hemos tenido para los medios de prueba tradicionales.

Y más allá de poner en riesgo la calidad epistémica de las pruebas que estamos incorporando en el proceso, en virtud de una regulación específica que guíe su incorporación y valoración en el proceso, también debemos estar atentos sobre las exigencias de diligencia de los litigantes en lo que tiene que ver con la garantía de otros valores que no necesariamente responden a cuestiones epistémicas, tales como lo son la protección de datos personales ¿Cómo se accedió a la información? ¿de forma lícita o ilícita? ¿Existe consentimiento del titular de los datos sobre el tratamiento realizado previo a incorporar al proceso? o ¿Es necesario el consentimiento del titular de los datos para un tratamiento jurisdiccional de los mismos? todas estas interrogantes en relación a la protección de datos personales, que representa la dimensión ideológica del conocimiento que generamos en el proceso, cobran especial trascendencia en una sociedad digital que habita en contexto de exposición y tratamiento masivos de datos personales.

Hasta ahora, la regla de exclusión probatoria basada en la protección de datos personales ha operado bajo la idea tradicional de prueba ilícita “aquella que ha sido recolectada o reunida mediante la violación de normas, reglas o principios de orden legal pero, fundamentalmente, constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la misma puede ser considerada una especie del género de la inadmisibilidad probatorio pero vinculada; particularmente, a aquella prueba que se obtiene en violación de garantías sustanciales recogidas por la Constitución de la República o los Tratados Internacionales de Derechos Humanos” (Sentencia 710/2023 Tribunal de Apelaciones en lo Penal 4to Turno).

Naturalmente, con la nueva regulación vinculada a la protección de datos personales, que incorpora nuevas categorías jurídicas como: consentimiento informado, tratamiento lícito, responsabilidad proactiva, comunicación de datos informado, entre otras, el espectro de posibilidades de infringir garantías fundamentales aumenta. De la misma manera que más arriba se planteaba la necesidad de exigir mayores diligencias a los litigantes sobre la incorporación de indicios que indiquen la fiabilidad de los datos que se ingresan al proceso, tal vez sería bueno también explorar exigencias de diligencia vinculada a estos otros valores que se mencionan.

A modo de ejemplo, podríamos exigir en a la incorporación de prueba digital la corroboración de que dichos datos fueron adquiridos de forma lícita (con consentimiento informado) que la base de datos utilizada es lícita (está inscripta en la Unidad Reguladora de Datos Personales), que el tratamiento jurisdiccional de los datos personales es consentido, entre otras exigencias. En caso de que estos extremos no puedan ser corroborados (no hay consentimiento, la base de datos no está inscripta, etc) pero los datos son relevantes para averiguar la verdad del proceso, debería existir una resolución motivada por el Tribunal que justifique la limitación de alguno de los derechos mencionados.

La categoría sobre “tratamiento lícito de datos personales” es una categoría nueva, que aparece en este escenario virtual que se caracteriza por el tratamiento masivo de datos personales. En Uruguay, contamos con la ley 18.331 de Protección de Datos

Personales y sus decretos reglamentarios. Conforme la normativa jurídica de Uruguay, el tratamiento de los datos personales, es decir a la realización de operaciones (sean de carácter automático o no) que permitan el procesamiento de datos personales y la inferencia de conclusiones o toma de decisiones en base a ellos, reposa sobre el principio de finalidad y el principio de consentimiento previo informado.

La ley dispone categóricamente en su artículo 8 que: “Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieran sido recolectados (...)”

Esta disposición se complementa con el artículo 9 que dispone “el tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.”

Asimismo, el artículo 13 de la ley regula qué es lo que se debe informar al titular de los datos a la hora de recabar su consentimiento para que éste último sea válido y entre los extremos exigidos está: “(...) la finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios.”

Del articulado invocado, puede concluirse que la regla general en materia de datos personales es que únicamente es lícito el tratamiento de los datos personales cuando exista previo consentimiento informado sobre la finalidad de dicho tratamiento. Ergo, -por regla general- si el titular de los datos no ha consentido el tratamiento jurisdiccional de sus datos personales dicho tratamiento en la valoración probatoria debería considerarse ilícito, operando así la regla de exclusión probatoria.

Con este panorama, la única manera de incorporar datos personales al proceso jurisdiccional sin el consentimiento del titular, es considerando alguna de las excepciones que plantea la ley 18.331 y con una interpretación amplia (no restrictiva) sobre la mismas, lo que no parece ser coherente y consistente con la tendencia a nivel de las corrientes constitucionales sobre Derechos Humanos de aplicar criterios restrictivos de interpretación en las excepciones a la protección casos de derechos humanos. En España, por ejemplo, han contemplado esta situación y dispuesto una regla específica que habilita el tratamiento jurisdiccional de datos personales bajo ciertos requisitos.

Seguir una lógica tradicional que no sólo no contempla la nueva realidad virtual, sino que tampoco los nuevos marcos normativos que responden a tal realidad (como es el caso de la ley 18.331) no parece consistente o coherente con un ideal regulativo que procura una generación de conocimiento fiable y respetuoso de los derechos fundamentales.

4. Conclusiones

El proceso jurisdiccional en Uruguay está experimentando un creciente uso de medios de prueba calificados como digitales. Estos medios de prueba poseen características objetivas significativamente diferentes de los tradicionales, enumerados en el artículo 146.1 de nuestro CGP, tales como la prueba documental, declaración de parte, declaración de testigos, dictamen pericial, examen judicial y las reproducciones de hechos. Sin

embargo, el artículo 146.2 del CGP establece que, si un medio de prueba no se identifica con los mencionados, se aplicarán por analogía las normas previstas para dichos medios probatorios.

No obstante, más allá de la interpretación y calificación que se realice sobre el CGP, y aunque se aplique por analogía el marco normativo de la prueba documental o pericial, ninguno de estos marcos regula adecuadamente las particularidades de la prueba digital. Esto nos lleva a la pregunta central de este análisis: ¿es adecuada la aplicación de los marcos normativos actuales del CGP a la prueba digital, o sería preferible una regulación autónoma y específica que contemple sus particularidades?

Tras el desarrollo realizado, concluyo que los marcos jurídicos actuales del CGP no son adecuados y que la comunidad jurídica uruguaya debería abogar por una regulación autónoma y específica que contemple las particularidades de la prueba digital.

En primer lugar, la solución jurídica actual es inadecuada porque resulta inconsistente con la Agenda Digital de nuestro país. Uruguay ha avanzado de manera constante y sostenida en dar visibilidad a las características objetivas de una sociedad digital. Ejemplos de marcos normativos que contemplan estas especificidades incluyen la Ley de Protección de Datos Personales, la Ley de Acceso a la Información Pública y la Ley sobre Documento y Firma Electrónica, entre otras. Estos marcos han sido fundamentales para ofrecer respuestas autónomas y específicas a las nuevas realidades que surgen con el uso de las tecnologías, algo que no era posible a través de una aplicación analógica de normativas diseñadas en otra época.

Una razón que podría explicar esta inconsistencia con la Agenda Digital de Uruguay es el estancamiento de diversos proyectos de ley presentados en el Parlamento, cuyo objetivo ha sido fomentar la regulación del uso de tecnologías en el proceso jurisdiccional.

En segundo lugar, la solución jurídica actual es inadecuada porque no es coherente con los principios e ideales que guían el proceso jurisdiccional. El CGP establece que el Tribunal debe valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, lo que subraya que la generación de conocimiento racional sobre los hechos es un objetivo claro y categórico. Sin embargo, esta tarea de averiguación racional de la verdad enfrenta obstáculos cuando las reglas existentes para la incorporación, admisibilidad y valoración de la prueba digital no contemplan sus especificidades.

En tercer lugar, la solución jurídica actual es inadecuada porque puede tener consecuencias negativas tanto en la dimensión epistémica como en la dimensión ideológica del conocimiento que se genera sobre los hechos.

La tendencia hacia una regulación autónoma y específica de la prueba digital parece ser la solución más adecuada en el contexto actual del proceso jurisdiccional uruguayo. Esta solución sería consistente con la Agenda Digital del país, coherente con los principios e ideales que guían nuestra actividad jurisdiccional, y evitaría las consecuencias desafortunadas que podrían derivarse de una inadecuada incorporación y valoración de la prueba digital.

Sin embargo, una regulación autónoma y específica sobre la prueba digital debe ser innovadora y crítica. No se trata simplemente de incluir la expresión “prueba digital” en el elenco de medios de prueba del artículo 146 del CGP, sino de acompañarla de

requisitos y exigencias que contemplen las vicisitudes propias de este tipo de prueba. Algunas sugerencias han sido expuestas en este trabajo.

El Derecho es, ante todo, una práctica social, institucionalizada, pero práctica social al fin. En esta práctica social, el predominio del paradigma racional es un privilegio que debemos atender y reivindicar. Como toda práctica social, se expande en la medida en que el ser humano expande su espectro de realidad. De nuestra atención a estos cambios depende, ni más ni menos, la calidad epistémica e ideológica del tipo de conocimiento sobre los hechos que generamos en nuestro sistema jurídico. Y, al final del día, de esto depende la legitimidad de nuestro sistema judicial.

5. Bibliografía

- Barreiro, M. V. (2019). Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, nro. 37.
- Colomer, I. (2023) Limitaciones en el uso de la información y los datos personales en un proceso penal digital. El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea. Editorial Thomson Reuters Aranzadi: España.
- Estrampes, M. (2010) La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatorio y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Nro. 22. Editorial: Institut de Seguretat Pública de Catalunya, España.
- Ferrer, J. (2021) Prueba sin convicción. Editorial Marcial Pons: España.
- Feteris, E. T. (2007), La teoría de la justificación de las decisiones jurídicas de MacCormick. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales* (trad. Alberto Supelano), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gascón, M. (2005) ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Revista Jueces para la democracia*, nro. 52. España.
- Gascón, M. (2010). Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Editorial Marcial Pons: España.
- Gascón, M. (2012) ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Universidad del Bosque: España.
- Galvis Lugo, Á. F; Bustamante Rúa, M. (2019) La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: una lectura desde la regulación procesal colombiana. *Revista Ius el Praxis*, año 25, nro. 2
- Hart, H. L. A. (1961) El concepto de Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires. Tercera edición (reimpresión).
- Alexy, R. (2017) Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Editorial Palestra: Perú (edición original 1978).

- Riofrío, J. C. (2014) La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, volumen 25.
- Moisés Barrio, A. (2018) *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*.
- Soba, I. (2024) Prueba electrónica ¿debemos exigir más diligencias a los litigantes? *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons: España.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Editorial Marcial Pons: España.

Cuerpos normativos:

- Ley de Protección de Datos Personales Nro. 18.331. Promulgada 11 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>
- Ley sobre el Acceso a la Información Pública Nro. 18.381. Promulgada 17 de octubre de 2008. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18381-2008>
- Ley sobre Documento y Firma Electrónica Nro. 18.600. Promulgada 21 de setiembre de 2009. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18600-2009>
- Ley Nro. 18.719. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18719-2010>
- Decreto Nro. 276/013. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/decretos/276-2013>
- Acordada Nro. Nro. 7637. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/acordadas-scj-originales/7637-2008>
- Acordada Nro. 7880. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/acordadas-scj-originales/7880-2016>
- Acordada Nro. 8114. Disponible en: <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/151-2021/7561-064-2021-acordada-n-8114-sistema-de-ingreso-de-expedientes-judiciales-sideju.html>
- Agenda Uruguay Digital, Disponible en: <https://www.gub.uy/uruguay-digital/comunicacion/publicaciones/agenda-uruguay-digital-2025-actualizacion-medio-termino>
- Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, actualizada 23 de diciembre 2022. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>
- Ley de Presupuesto Nacional de Sueldos Gastos e Inversiones Nro. 18.719 del año 2010, ejercicio 2010-2014. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18719-2010>
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 de abril 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1532348683434&uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>

Otros recursos:

Cámara de Representantes (Colman, M; Goñi Reyes, R; Lust Hitta E; Pasquet Iribarne, O; Posada, I; Umpiérrez, J.). Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Proyecto de Ley: “Procesos Jurisdiccionales. Medios electrónicos o telemáticos”. Disponible en: https://parlamento.gub.uy/index.php/documentosyleyes/ficha-asunto/145884/ficha_completa

Cámara de Representantes (Colman, M; Goñi Reyes, R; Lust Hitta E; Pasquet Iribarne, O; Posada, I; Umpiérrez, J.). Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Proyecto de ley “Documentos electrónicos y prueba digital”. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/documentos/repartido/49/312/0/EXT>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy